

LA LEY N° 20.348 Y SU EFECTO
COMO TUTELA EFECTIVA
DE LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES
ENTRE HOMBRES Y MUJERES

THE LAW N° 20.348 AND ITS EFFECT
AS AN EFFECTIVE PROTECTION OF EQUAL
REMUNERATION BETWEEN
MEN AND WOMEN

*Paulina Lobos Herrera**

RESUMEN: La ley N° 20.348 que “Modifica el Código del Trabajo resguardando el derecho a la igualdad en las remuneraciones”, publicada con fecha 19 de junio de 2009, da reconocimiento en nuestra legislación a un principio que en el ámbito supranacional ya había sido ampliamente discutido y reconocido. Sin perjuicio de ello, a más de diez años de la dictación de dicha norma, la evidencia jurisprudencial demuestra que no ha constituido una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

PALABRAS CLAVES: Igualdad de remuneraciones - Discriminación salarial - Brecha salarial - Discriminación de género.

ABSTRACT: The law N° 20.348, that “Modified the Chilean Labor Law, protecting the salary equality right”, published on 19th of June 2009, recognized in Chilean legislation a right that around the world was deeply discussed and already recognized. However, ten years after that law, the results show that it is no an effective guard of salary equality between men and women.

KEYWORDS: Salary equality - Salary discrimination - Salary gap - Gender discrimination.

* Abogada de la Universidad del Desarrollo. Magíster en derecho del trabajo y seguridad social de la Universidad de Chile. Correo electrónico. plobosh@udd.cl

I. ANTECEDENTES

i. No discriminación laboral en la legislación chilena

1. No discriminación laboral en la Constitución¹

Doctrinariamente² se ha asentado que el marco constitucional que estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, se conforma de tres pilares:

- a) Artículo 1° de la *Constitución Política de la República (CPR)*, que dispone: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Adicionalmente consagra el deber del Estado de

“promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Señala José Francisco Castro³ que este precepto constitucional no solo tiene importancia por su ubicación, sino, también, porque se trata del precepto rector de nuestra Carta Fundamental, donde se sientan las bases del carácter personalista de la misma, al señalar expresamente un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual. Indica que antes de la ley N° 19.611, de 16 de junio de 1999, el artículo 1° hablaba de “Los hombres” y no de “Las personas”. Atribuye esta modificación a la necesidad de introducir un lenguaje menos excluyente y discriminatorio en nuestro texto constitucional, respecto de las mujeres.

- b) Artículo 19 N° 2 de la *CPR*, el cual asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados, no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Al respecto, José Francisco Castro señala que el

“reconocimiento expreso del principio de igualdad entre hombres y mujeres, introducido también por la ley N° 19.611, se estimó por el legislador que permitía asegurar la eficacia de dicho principio y, de esta

¹ CAAMAÑO (2003), p. 28 y ss.

² CASTRO (2016), p. 10.

³ *Ibid.*

forma, transformarlo en una norma que oriente a todo el ordenamiento jurídico, al legislador y a quienes en definitiva aplican y hacen uso de la normativa”⁴.

En términos de Eduardo Caamaño,

“debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es igual, sino que va directamente al resultado, es decir, lo que es igual debe ser tratado igual, a contrario sensu, lo que no es igual puede ser tratado desigualmente. De este modo, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles”⁵.

- c) Finalmente, la *CPR* reconoce de manera expresa el derecho a la no discriminación en su artículo 19 N° 16, que asegura a todas las personas:

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

La doctrina constitucional ha distinguido dos disposiciones diferentes en este numeral, pero íntimamente relacionadas:

- a) libertad de trabajo –contenida en los incisos primero y segundo–, consagrando la libertad de elección y su protección,
- b) y, la segunda –contenida en el inciso tercero–, referida a la no discriminación, consagrando el principio de igualdad en materia laboral.

2. No discriminación en el *Código del Trabajo*

El artículo 2 del *Código del Trabajo* desarrolla la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 16 de la *CPR*, estableciendo son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Adicionalmente, conceptualiza los actos de discriminación como aquellas

“distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia

⁴ CASTRO (2016), p. 10.

⁵ CAAMAÑO (2003), p. 28 y ss.

nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁶.

De acuerdo con Eduardo Caamaño⁷, este derecho consagrado en la legislación internacional, y nacional en sus ámbitos constitucional y legal, se encuentra carente de garantías efectivas, concebidas como dispositivos jurídicos efectivos para corregir tal discriminación. Esta situación genera claramente una desprotección, falta de tutela o, más bien, la impunidad del discriminador laboral por género. Tenemos un derecho sin dispositivo jurídico de protección, y al decir de un antiguo jurista, “un derecho sin tutela es un hazmerreír jurídico”.

Esta materia resulta relevante, ya que de nada sirve la consagración de un derecho si no va acompañado de la debida protección del mismo, como expresión de la

“vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales frente a posibles lesiones provenientes de agentes distintos a los propios agentes públicos”⁸.

Al respecto, la Dirección del Trabajo, fijando el sentido y alcance del artículo 2 del *Código del Trabajo*⁹, ha señalado que la no discriminación es un derecho fundamental y como tal, en el ámbito de su protección, la norma antidiscriminatoria no solo

“ejerce una función promocional en tanto busca no sólo reprimir ciertas conductas sino que también fomentar la integración de ciertos colectivos marginados”.

ii. No discriminación laboral en instrumentos internacionales

1. El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958¹⁰, establece

⁶ Artículo modificado por el artículo 11 de la ley N° 20.255, publicada en el *Diario Oficial* el 2 de mayo de 2019.

⁷ CAAMAÑO (2003), p. 30.

⁸ ALDUNATE (2008), p. 180 y ss.

⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2004).

¹⁰ Ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971.

en su artículo primero que la discriminación en el contexto de una relación laboral, abarca:

“a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

La doctrina¹¹ ha resaltado el requisito que se exige para la configuración de la discriminación en el contexto del Convenio. Al efecto, se exige que la discriminación tenga como consecuencia anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato.

“No se trata tan sólo de evitar la discriminación a fin de garantizar a todas las personas la posibilidad de obtener empleo, sino también evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores para obtener un empleo mejor o ascender a otro de jerarquía superior. Se adopta, por lo tanto, como criterio las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias, situación que permite afirmar que las discriminaciones indirectas y fenómenos tales como la segregación profesional están dentro del ámbito de aplicación del Convenio”¹².

2. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹³

Chile ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁴ (en adelante Cedaw o Convención) en 1989, sin embargo la implementación mediante políticas públicas solo se hizo efectiva a partir de 1990, durante el gobierno de Patricio Aylwin con la creación del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam). Con posterioridad, el Estado chileno ha recibido muchas observaciones para alcanzar los estándares de cumplimiento exigidos por la Convención.

¹¹ CAAMAÑO (2003).

¹² *Boletín de Tramitación en el Congreso Nacional*, N° 4.356-13, p. 3.

¹³ VALDÉS (2013), p. 172.

¹⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada el 8 de diciembre de 1979.

Es así, como en 2006, el Comité de la Cedaw, observó al Estado chileno su preocupación sobre la significativa diferencia salarial entre el hombre y la mujer. Al efecto, exhortó al Estado chileno a asegurar

“el cambio sostenible hacia la plena igualdad de la mujer y el hombre en todos los aspectos de la vida pública y privada se alcance *mediante una amplia reforma legal*. El Comité insta a que se deroguen o se modifiquen sin dilaciones todas las disposiciones legislativas que constituyan discriminación contra la mujer, según se establece en el artículo 2 de la Convención, e insta al Estado Parte a que cubra las lagunas legislativas y sancione las demás leyes necesarias a fin de que el marco jurídico del país cumpla plenamente las disposiciones de la Convención y garantice la igualdad entre el hombre y la mujer, tal como se consagra en la Constitución de Chile. Alienta al Estado Parte a que establezca un calendario claro y a que aumente la concienciación de los legisladores y el público en general acerca de la urgente necesidad de dar prioridad a las reformas jurídicas a fin de lograr la igualdad de jure para la mujer”¹⁵.

En este contexto es que nace la moción parlamentaria destinada a corregir la desigualdad salarial entre hombres y mujeres, con el *Boletín* N° 4.356-13, el cual se convertiría en 2009 en la ley N° 20.348, publicada en el *Diario Oficial* el 19 de junio de 2009, que “Resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones”.

II. LEY N° 20.348¹⁶ QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS REMUNERACIONES

La ley N° 20348¹⁷ se propone remediar las diferencias salariales sostenidas entre hombres y mujeres, realizando entre sus fundamentos una síntesis de las razones de la diferencia salarial.

Sus fundamentos¹⁸, comienzan por realizar una referencia somera a la historia del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mu-

¹⁵ NACIONES UNIDAS (2006).

¹⁶ Publicada en el *Diario Oficial*, el 19 de junio de 2009.

¹⁷ Norma interpretada por la Dirección del Trabajo, en dictamen 1187/018 del 10 de marzo de 2010.

¹⁸ *Boletín*, N° 4.356-13. Moción parlamentaria de los honorables diputados Pedro Araya Guerrero, Gabriel Ascencio Mansilla, Eduardo Díaz del Río, Jaime Mulet Martínez, Sergio Ojeda Uribe, Carlos Olivares Zepeda, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Mario Venegas Cárdenas y Patricio Walker Prieto.

jeros, realizándose un breve resumen de la forma en que dicho principio fue incorporándose en legislaciones comparadas:

- Tratado de Paz de Versalles, de fecha 28 de junio de 1919.
- Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1940.
- Reconocimiento posterior en una serie de pactos y convenciones internacionales, entre los que destaca el Mensaje: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948; el Convenio N.º 100 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de junio de 1951 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 19 de diciembre de 1966.
- Finalmente resalta que en el derecho comunitario europeo este principio tiene un reconocimiento expreso en el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

A continuación, la moción analiza diversos estudios económicos que evidencian las diferencias salariales que justifican la iniciativa. En ella se advierte que las mujeres perciben, en promedio, un 75,1% del ingreso de los hombres. Según la encuesta de remuneraciones y costos de la mano de obra del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) al año 2001, la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres alcanza al 31,1%.

En cuanto a las causas de la disparidad evidenciada, la moción parlamentaria sindical a:

- a) El inferior capital humano de la mujer y las trayectorias intermitentes de su carrera profesional, sin embargo, la disparidad de género en la educación se reduce y en muchos casos la escolaridad de mujeres supera la de los hombres.
- b) Otro factor está relacionado con la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto (prestaciones de protección de la maternidad; el ausentismo supuestamente mayor de las mujeres; su menor disposición para trabajar horas extra; su compromiso e interés menores para con el trabajo y una movilidad más restringida en relación con la de los hombres).

Como se observa, la ley N.º 20.348 se concebía como el remedio idóneo para alcanzar la tan anhelada igualdad salarial entre hombres y mujeres. Del mismo modo modificó el *Código del Trabajo*, incorporando un nuevo artículo 62 bis, que señala:

“Artículo 62 bis.- El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.

Lo anterior es, además, una concreción del propio artículo 19 N° 16 de la CPR, que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. En ese sentido y dado que la discriminación salarial es un tipo de discriminación, parece tener sentido que la especie (discriminación salarial), se regule de igual manera que el género (discriminación laboral).

Sin perjuicio de lo anterior, reconociendo la generalidad y abstracción de la CPR como cuerpo normativo de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, lo esperable es que las normas de inferior jerarquía sean capaces de concretizar y particularizar el mandato de la Constitución. Al respecto, señala Pablo Rodríguez:

“En el ejercicio de las potestades instituidas a partir de la norma original (Primera Constitución), su titular puede y aún debe agregar otros valores a la norma inferior que está llamado a crear, a fin de completar su estructura normativa”¹⁹.

Refuerza este punto, lo señalado por Eduardo Aldunate, quien señala que la relación entre derechos fundamentales y potestad legislativa conlleva la posibilidad de desarrollo normativo (concretización, actualización o realización) de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, a su juicio, el derecho fundamental debe tener eficacia por su sola consagración constitucional (aplicación directa), por lo que señala es importante no reducir o condicionar el tratamiento dogmático de los derechos fundamentales a su desarrollo legislativo²⁰.

Desde la teoría del derecho, lo esperable hubiese sido que la ley N° 20.348, regulase de manera más completa la prohibición de discriminación salarial, yendo acompañada de una serie de medidas destinadas a corregir el problema de fondo.

Al respecto Eduardo Caamaño señala que la igualdad de remuneraciones debería estar consagrada expresamente sin distinción de sexo, con criterios claros para establecer tal discriminación (cargo, igualdad de condiciones, o funciones de la misma naturaleza), como derecho individual y colectivo, y sancionarlo así con la multa residual del art. 477 del *Código del Trabajo*²¹.

¹⁹ RODRÍGUEZ (2001), p. 138.

²⁰ ALDUNATE (2008), p. 186.

²¹ CAAMAÑO (2003), p. 30.

Ahora bien, desde el punto de vista de las políticas públicas, llama la atención la elección del Congreso, ya que si bien realiza un correcto diagnóstico de los problemas que generan la disparidad salarial, selecciona como mecanismo de solución la reiteración de la norma constitucional. Lo anterior, pues sin necesidad de que se dictase la ley N.º 20.348, podría igualmente haberse aplicado el artículo 19 N.º 16 de la CPR, en materia de discriminación salarial.

Otro aspecto que dicha ley incorporó, fue la referencia al Procedimiento de Tutela Laboral conforme al cual se sustanciarán los reclamos, una vez agotado el procedimiento interno de reclamo. En esta materia, una vez más vemos que el Congreso reitera normas ya presentes en nuestra legislación. Lo anterior, pues el inciso segundo del artículo 485²² del *Código del Trabajo* señala:

“También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Por su parte, tal como ya indicamos, el artículo 2º del *Código del Trabajo* dispone:

“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Es así como, sin necesidad de invocar el artículo 62 bis, con las normas existentes –de la conjugación de los artículos 19 N.º 16 de la CPR y el artículo 2º del *Código del Trabajo*– es posible llegar a la misma conclusión que dicho artículo explicita. Así las cosas, lo esperable es que si previo a la incorporación del artículo 62 bis, la conjugación de dichas normas no era suficiente para constituir una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones, lógicamente, la incorporación de esta norma no modificaría sustancialmente la situación.

Insistimos en el punto en relación con el correcto diagnóstico del Congreso y lo inocuo de la solución propuesta por el mismo, ya que si las prin-

²² Procedimiento incorporado mediante la ley N.º 20.087, publicada en el *Diario Oficial* el 3 de enero de 2006.

cipales casuales detectadas fueron el inferior capital humano de la mujer, las trayectorias intermitentes de su carrera profesional y la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto, no se explica de qué manera la reiteración de normas existentes podría resolver las discriminaciones salariales. En ese sentido, lo lógico hubiese sido buscar formas de aminorar las brechas generando políticas públicas destinadas a:

- Aumentar el capital humano de la mujer, potenciando mecanismos de capacitación pertinentes con las necesidades del mercado, que tengan colocación laboral real.
- Generar programas destinados a ser un puente en las interrupciones de la carrera profesional de la mujer, aprovechando los tiempos para invertir en sus capacidades una vez que se reinserten al sistema laboral. De igual manera, generar políticas públicas que den soluciones reales al problema del cuidado de los hijos, que permitan a las mujeres disminuir las interrupciones en su trayectoria profesional.
- Finalmente, y en relación con el mayor costo que implica la contratación de mujeres, lo lógico es atacar esta causa mediante la eliminación de las barreras que desincentivan la contratación de mujeres o un pago de menor salario, como consecuencia del análisis económico que realiza el empleador al momento de contratar una mujer versus un hombre, por ejemplo, costo de sala cuna.

Sin perjuicio que las soluciones parecieran ser evidentes, el legislador ofrece la ley N° 20.348, desconociendo el propio diagnóstico realizado y generando una norma que, desde nuestro punto de vista, nunca estuvo pensada para generar un impacto, pues solo reitera disposiciones existentes.

Ahora bien, a continuación analizaremos el resto de las normas modificadas²³ por la ley N° 20.348, las que a diferencia del artículo 62 bis, sí incorporaron nuevo contenido a la legislación y, por lo tanto, su impacto fue mayor en el camino de lograr una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones:

- Intercaló, en el número 6 del artículo 154 del *Código del Trabajo* que regula el contenido mínimo del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad (RIHOS), la exigencia que las empresas de doscientos trabajadores o más, tengan un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.
- Incorporó un nuevo numeral 13 al artículo 154:

“13. El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta

²³ HENRÍQUEZ y RIQUELME (2010), p. 6.

del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador”.

- Incorporó un incentivo para los empleadores, agregando un nuevo inciso final al artículo 511:

“Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales”.

- Finalmente, el artículo 2º de la ley N.º 20.348, intercala en el artículo 10 del decreto con fuerza de ley N.º 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005 (que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N.º 18.834, Estatuto Administrativo), el siguiente inciso cuarto, nuevo:

“En los empleos a contrata la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”.

Vemos que en la correlación de estas tres normas sí existió un interés real de contribuir a la disminución de la brecha salarial como consecuencia de las discriminaciones entre hombres y mujeres o, al menos, un interés de modificar el *status quo*. Sin embargo, ninguna de ellas responde a alguno de los puntos detectados en el diagnóstico realizado por el Congreso.

Se destaca la exigencia de la incorporación en el RIHOS de un procedimiento aplicable a los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. Creemos que ello es un paso en orden a concientizar a las empresas sobre la necesidad de resguardar la igualdad de remuneraciones. Sin embargo, estimamos que esta norma tiene un vicio base, pues de qué manera podría una mujer fundamentar un reclamo si no tiene acceso a la información sobre el monto de las remuneraciones de sus pares. Al efecto, el registro de cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales no es suficiente para esta finalidad. ¿De qué manera puede llegar a enterarse una mujer de que es víctima de discriminación en su remuneración por el hecho de ser mujer? Esta falencia ha sido subsanada por la práctica jurídica,

a través medidas prejudiciales, estableciéndose una barrera francamente alta a la hora de hacer efectivo un reclamo.

Distinta es la situación del sector público, donde por aplicación de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, las remuneraciones de los funcionarios son públicas, de manera que se facilita considerablemente el ejercicio del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de reflexionar sobre la coherencia de las medidas planteadas por la ley N° 20.348 en relación con las causas de la desigualdad de remuneraciones. No podemos dejar de preguntarnos si es este el camino correcto para la solución del problema de fondo. Y es que detrás de toda esta discusión, subyace una pregunta que limita con el campo de la sociología:

¿Por qué los empleadores pagan menos a las mujeres?

Y es que por absurdo que parezca, nadie pareciera haberse hecho esta pregunta. Si analizamos desde una mirada teleológica la ley N° 20.348, la respuesta a dicha pregunta pareciera ser una sola: la discriminación de género. Es decir, se asume que el empleador realiza una diferenciación arbitraria en el que decide pagar menos a la mujer, por el hecho de ser tal, dejando entrever una condición casi misógina que lo motiva a pagarle menos a la trabajadora. Desde este punto de vista, y si fuera este el diagnóstico, algo de sentido tendría el camino elegido por el legislador, el que –aunque deficiente– va en la línea de la sanción al empleador.

Sin embargo, y, si bien pueden existir caso excepcionales, la regla general –y como correctamente detecta el Congreso– es que el empleador paga menos a las mujeres por razones económicas. Por tanto, las soluciones deben apuntar hacia resolver dichas razones económicas y no en la línea de establecer sanciones en una suerte de responsabilidad objetiva mal configurada, que busca expiar las asimetrías de mercado, en un solo y único responsable: el empleador.

Al respecto, muy asertado nos parece el análisis que realiza el juez titular del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Sebastián Bueno Santibáñez, en causa RIT T-16-2017:

“La mujer enfrenta serias dificultades en el acceso y desarrollo en el mercado laboral por la doble labor que le impone recibir la exigencia de conciliación de vida familiar y laboral, en mucha mayor medida que el hombre, debido a los patrones culturales dominantes de nuestra sociedad que la recargan en tal sentido. Es cierto que contrarrestar patrones culturales arraigados no es responsabilidad exclusiva de la empresa, pero sí lo es cumplir la ley, y la ley es la que, en esta materia, tiene una dirección contracultural, esto es, va contra la tendencia cultura dominante; se hace presente que no es primera vez que la ley tiene ese afán, siendo una herramienta eficaz y de común uso en materias de no discriminación.

Desde la óptica de la mencionada cultura dominante, no se advierten estos fenómenos y fácilmente se intentan explicar con motivos tautológicos, extraídos desde la misma desigualdad, tales como una supuesta libertad de elección u opción por no trabajar al mismo ritmo que un hombre. Un observador poco agudo o no instruido en la materia, no sabe o no podrá concluir que el fenómeno de que las mujeres ganan menos que los hombres se debe a que desarrollan en menor medida sus carreras a causa del doble rol que asumen al conciliar la vida familiar y las responsabilidades laborales. Esa obligación, conciliación de la vida familiar y laboral, debe recaer en ambos sexos, sin embargo culturalmente se la llevan principalmente ellas, con el consabido perjuicio. Debido a ese fenómeno, no es extraño que los hombres tengan más experiencia o que las mujeres no postulen siquiera a puestos de trabajo que les demanden mayor tiempo, resultando en el evidente hecho público y notorio de la odiosa diferencia de remuneraciones entre sexos, que en términos generales se da en nuestra economía. Por tanto, para corregir esta situación y rectificar los injustos resultados a que conduce, la ley establece obligatoriedad en la igualación de remuneraciones, salvo las condiciones lícitas de idoneidad personal”.

III. LA PARADOJA: LOS RESULTADOS DESPUÉS DE DIEZ AÑOS DE LA DICTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 20.348

I. Bajo número de denuncias

Este punto precisamente fue observado por el Comité de la Cedaw en 2012²⁴, el que señala:

“Si bien observa los esfuerzos realizados por el Estado parte para ofrecer formación a mujeres en ámbitos en que tradicionalmente ha predominado el hombre, el Comité sigue preocupado por la baja participación de la mujer en el mercado de trabajo, especialmente en el caso de las mujeres migrantes y las mujeres indígenas, por la persistencia de diferencias salariales entre las mujeres y los hombres y por el hecho de que el Estado parte no haya incluido el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor en la ley N° 20.348 (2009) sobre el derecho a la igualdad en las remuneraciones, de conformidad con las normas de la OIT. Aunque observa que en la ley N° 20.348 se establece un mecanismo de presentación de denuncias, *el Comité está particularmente*

²⁴ NACIONES UNIDAS (2012).

preocupado por el reducido número de denuncias interpuestas. El Comité recomienda al Estado parte que: a) Considere la posibilidad de modificar su legislación para incluir el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor a fin de reducir las diferencias salariales entre mujeres y hombres, de conformidad con el Convenio N° 100 (1951) de la OIT sobre igualdad de remuneración; b) Establezca mecanismos eficaces para hacer efectiva la ley N° 20.348; c) Intensifique los esfuerzos para establecer medidas y programas encaminados a mejorar la situación de la mujer en el mercado laboral, lo que incluye la integración de las mujeres migrantes e indígenas”.

Este aspecto fue corroborado por la Dirección del Trabajo, la que en 2015 informó al diario *La Tercera*²⁵:

“entre el año 2011 y el 2014 se registraron un total de 21 denuncias por vulneración de derecho de igualdad de remuneraciones por sexo, distribuidas de la siguiente manera: cinco correspondientes al año 2011; una correspondiente al año 2012; nueve correspondientes al año 2013 y seis correspondientes al año 2014. En 2015 no se presentaron denuncias. Entre los años 2016 y 2017, las Oficinas de Derechos Fundamentales y Libertad Sindical de las Direcciones Regionales de la Región Metropolitana han realizado seis investigaciones por discriminación remuneracional entre hombres y mujeres, de las cuales cinco han concluido con la interposición de denuncias judiciales”.

II. Las causas judicializados se refieren mayormente a reclamaciones judiciales de multas por omisión del Procedimiento de Reclamo en el RIOHS

Tal como anticipamos, la exigencia de incorporación de un procedimiento de reclamo en el RIOHS, dado se trató de una innovación en nuestra legislación, era esperable que tuviera mayor impacto que la acciones en procedimiento de tutela por vulneración a la igualdad de remuneraciones.

En esta materia, el actuar de la Dirección del Trabajo ha sido relevante, tanto respecto de fiscalizaciones de oficio como aquellas generadas por denuncia. Sobre esta materia, la Dirección el Trabajo ha señalado que las fiscalizaciones por denuncia están orientadas:

- a) Preferentemente, hacia los reglamentos internos que hayan sido impugnados por los delegados del personal, trabajadores u organizaciones sindicales de la respectiva empresa, así como de aquellos

²⁵ “Ley de Igualdad Salarial: se han presentado 27 denuncias en 7 años” (2018).

respecto de los cuales los fiscalizadores hubieren detectado ilegalidades o presentasen dudas que justificaran dicha revisión.

- b) Esta instrucción, sin embargo, no es absoluta y puede justificarse el estudio de un reglamento interno fuera de estas situaciones. La indagación podría estar dirigida a uno o más sectores (aquellos en que el empleo es más feminizado, por ejemplo) y utilizar métodos menos costosos que la fiscalización clásica, como encuestas vía internet, por señalar alguno.

Es, por tanto, parte de los deberes del Servicio fiscalizar que estas modificaciones sean efectivamente realizadas por las empresas a las cuales les corresponde modificar su RIOHS. La actuación de la Dirección del Trabajo va más allá de fiscalizar la inclusión de las materias obligadas por la ley: en un caso específico, el sindicato de una empresa de comunicaciones impugnó ante el Servicio la descripción de los cargos que hizo la entidad.

III. Los pocos casos que llegan a tribunales, son desestimados por razones de forma

Revisadas las sentencias, es posible advertir la dificultad que existe en tribunales para aquellas mujeres que han optado por judicializar sus reclamos. Al respecto, un alto porcentaje de las causas en procedimiento de tutela son rechazadas, por motivos tan diversos como: deficiencias de la prueba rendida²⁶, deficiencias de los informes de fiscalización de la Dirección del Trabajo²⁷, falta de claridad en la acción planteada²⁸, entre otras.

IV. CONCLUSIONES

1. El artículo 62 bis del *Código del Trabajo*, incorporado por la ley N.º 20.348 y que prohíbe la discriminación salarial entre hombres y mujeres no es más que una concreción del propio artículo 19 N.º 16 de la *CPR*, que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. En ese sentido y dado que la discriminación salarial es un tipo de discriminación, parece tener sentido que la especie (discriminación salarial), se regule de igual manera que el género (discriminación laboral).

²⁶ Sentencia RIT T-41-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

²⁷ Sentencia RIT T-21-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó. Es este el aspecto que más llama la atención en cuanto a los fundamentos del rechazo, y bien podría proponerse un estudio de esta materia.

²⁸ Sentencia RIT T-20-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó.

2. Llama poderosamente la atención la asimetría entre el diagnóstico realizado por el Congreso Nacional y la solución propuesta, la que reitera la norma constitucional, por lo que sin necesidad de que se dictase la ley N° 20.348, podría igualmente haberse aplicado el artículo 19 N° 16 de la *CPR*, en materia de discriminación salarial.
3. Si las casuales de la brecha salarial fueron el inferior capital humano de la mujer, las trayectorias intermitentes de su carrera profesional y la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto, no se explica de qué manera, la reiteración de normas existentes podría resolver las discriminaciones salariales.
4. En ese sentido, lo lógico hubiese sido buscar formas de aminorar las brechas generando políticas públicas destinadas a:
 - Potenciando mecanismos de capacitación pertinentes con las necesidades del mercado.
 - Generar programas destinados a ser un puente en las interrupciones de la carrera profesional de la mujer.
 - Eliminación de mayores costos en la contratación de mujeres.
5. En cuanto a la aplicación del Procedimiento de Tutela, sin necesidad de invocar el artículo 62 bis, con las normas existentes –de la conjugación de los artículos 19 N° 16 de la *CPR* y 2° del *Código del Trabajo*– es posible llegar a la misma conclusión que dicho artículo explicita.
6. En cuanto a las modificaciones al RIOHS, que exigen la incorporación de un procedimiento de reclamo, estimamos que –a pesar de no compartir este mecanismo como única solución– tiene una gran falencia, pues las mujeres no tienen como saber que reciben una menor remuneración como consecuencia de ser mujer.
7. Las verdaderas razones –en la gran mayoría de los casos– de la brecha salarial entre hombres y mujeres, responde a aspectos económicos, y no a una voluntad recalcitrante de los empleadores por discriminar a las mujeres con un menor salario. Por lo anterior, las soluciones deben atacar las asimetrías de mercado que perjudican a las mujeres, en vez de expiar dichas culpas en el empleador.
8. Todo lo anterior es corroborado por el análisis jurisprudencial realizado, del cual –a casi seis años de la modificación legal– principalmente pudimos concluir:
 - Bajo número de denuncias.
 - La mayor parte de las causas judicializadas, se refieren a reclamaciones judiciales de multas.
 - Pocos casos que llegan a tribunales, son desestimados por razones de forma de los informes de fiscalización, deficiencia de la prueba o falta de claridad en la acción planteada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2003): “La Tutela del Derecho a la No Discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en *Revista de Derecho*, vol. 4: pp. 25-41. ISSN 0718-0950.
- CASTRO CASTRO, José Francisco (2001): “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”. Disponible en www.dt.gob.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DÍAZ ANDRADE, Estrella (2015): “La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley N.º 20.348 para avanzar en justicia de género”, en DIRECCIÓN DEL TRABAJO. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, *Cuaderno de Investigación* n.º 55, mayo 2015. Disponible en dt.gob.cl/portal/1629/articles-105461_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2004): Dictamen 3704/134 de 11 de agosto.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2010): Dictamen 1187/018 del 10 de marzo.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. ENCLA GÉNERO (2011): “Informe de resultados séptima Encuesta Laboral”. Disponible en www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-101347_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2014): Dictamen 2669/033 de 18 de julio de 2014.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. ENCLA (2014): “Inequidades y brechas de género en el empleo. Informe de resultados octava Encuesta Laboral”. Disponible en www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-108317_recurso_3.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- HENRÍQUEZ RIQUELME, Helia y Verónica RIQUELME GIAGNONI (2010): “El derecho a ganar lo mismo Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres”, en *Temas Laborales*, N.º 27, Dirección del Trabajo, diciembre: pp. 1-30.
- HORBATH, Jorge y Amalia GRACIA (2014): “Discriminación laboral y vulnerabilidad de las mujeres frente a la crisis mundial en México”, en *Econ. Soc. Territ*, vol. 14, N.º 45: pp. 465-495. ISSN 1405-8421.
- “Ley de Igualdad Salarial: se han presentado 27 denuncias en 7 años” (2018), en diario *La Tercera*, 9 de marzo de 2018. Disponible en www.latercera.com/nacional/noticia/ley-igualdad-salarial-se-presentado-27-denuncias-7-anos/92799/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- NACIONES UNIDAS (2006): “Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. Distr. General, 25 de agosto. Disponible en www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre 2019].
- NACIONES UNIDAS (2012): “Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” Distr. General, 12 de noviembre.

Disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf> [fecha de consulta: 23 de febrero de 2016].

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2001): *Estructura Funcional del Derecho*, Santiago, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, 2001.

UGARTE CATALDO, José Luis (2013): *Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2013.

VALDÉS ECHENIQUE, Teresa (2013): “La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 9: pp. 171-181 ISSN 0718-2058.

Sentencias

Sentencia RIT T-41-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-21-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

Sentencia RIT T-35-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-20-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó.

Sentencia RIT T-1516-2018 del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Sentencia RIT T-62-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua.

Sentencia RIT O-5418-2017 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Sentencia RIT T-4-2018 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-16-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo.

Sentencia RIT T-103-2016 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-108-2013 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-198-2011 del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.